

SISTEMA DE RECURSOS

*Fernanda Silva Tose**

Resumo: Analisa-se o conceito de recurso, a sua natureza jurídica bem como a admissibilidade recursal, tendo em vista as divergências doutrinárias, que são devidamente pontuadas. O enfoque desse estudo é a observação crítica do sistema recursal brasileiro. Dentre os métodos e técnicas de pesquisa foram realizadas leituras e fichamentos. Nessa pesquisa, numa primeira parte é apresentada a notícia histórica, numa segunda parte há a análise do conceito de recurso aliado a sua natureza jurídica e numa terceira parte consta uma avaliação acerca da admissibilidade recursal e sua compatibilidade com a teoria da ação no processo civil.

Conceito de recurso – Natureza jurídica – Admissibilidade recursal – Teoria da ação.

Abstract: Analysis of the concept of recourse, it's juridical nature and also the recourse admission, searching the divergences of the doctrine, that are punctuated. The focus of this research is the critic observation of the brasilian recourse system. Among the methods and technics of the research were realized readings and annotations. In this research, on the first part is presented the description information, on the second part has the analysis of the concept of the recourse allied with it's juridical nature and on the third part consist of an avaliation about recourse's admission and it's compatibility with the action theory in civil process.

Recourse concept – Juridical nature – Recourse admission – Action theory.

Sumário: 1. Introdução. 2. Notícia histórica. 3. Críticas inerentes ao conceito de recurso e a sua natureza jurídica. 4. A admissibilidade recursal e uma abordagem da teoria da ação em sede de recurso. 5. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A partir do instante em que foi vedada, ao menos em regra, a autotutela pelo ordenamento jurídico brasileiro e o Estado passou a ter o dever-poder-função de dizer o Direito, quando provocado, surgiu a necessidade de um tempo mínimo para que fosse proferida a decisão acerca do caso concreto apresentado.

Referido tempo foi se elastecendo com a evolução da sociedade, porém isso não foi acompanhado do progresso da sistemática processual e, em especial, pelo sistema recursal pátrio, o qual vive um verdadeiro retrocesso.

Entretanto, como bem ressalta Kozikoski (2004, p. 21), há que se distinguir o tempo fisiológico do patológico de duração do processo. O primeiro é o tempo indispensável para que o processo se desenvolva e seja encerrado; o segundo decorre do

* Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito de Campos.

mau funcionamento da máquina estatal, levando à excessiva demora na entrega da prestação jurisdicional. Esse é o alvo a ser fixado para proporcionar a solução da crise recursal, aliado ao respeito das garantias processuais.

Nesses termos, é preciso um processo desprovido de protelações indevidas e assecutorio das garantias constitucionais. Para tanto, Kozikoski (2004, p. 22) tece a seguinte sugestão:

[...] a adequação de diferentes tipos de procedimento à qualidade do objeto da lide contribuiria na diminuição daquele tempo patológico de duração do processo. Por outro lado, relegadas a um segundo plano as construções de cunho formalístico, próprias de um tempo em que era necessário conferir cientificidade ao direito processual, os processualistas voltaram-se para outro aspecto fundamental de sua ciência, qual seja, a descoberta do caráter instrumental do processo, com vistas a realçar sua efetividade enquanto mecanismo de realização da justiça.

2 NOTÍCIA HISTÓRICA

O desenvolvimento processual das antigas civilizações demonstra, invariavelmente, a existência de quatro etapas: 1ª) a resolução de conflitos se dava pelas próprias partes ou por seus grupos familiares; 2ª) os conflitos eram resolvidos por meio de um árbitro, escolhido pelas partes; 3ª) havia uma arbitragem obrigatória em que o árbitro era eleito pelas partes a partir da imposição estatal; 4ª) a intervenção do Estado é definitiva, ou seja, os julgamentos são impostos e, assim, se realiza justiça.

Percebe-se, nitidamente, a migração de um direito processual individualista, marcado pelo sentimentalismo e pela religiosidade, para um direito processual público, com a organização e racionalização estatal, ou seja, com um direito evoluído e voltado aos interesses da coletividade.

2.1 DIREITO ROMANO

O direito processual romano, de acordo com as lições de Laspro (1995, p. 29), se dividiu em três fases, excluindo o período mais primitivo da autotutela, a *legis actiones*, a *per formulas* e a *extraordinario cognitio*. As duas primeiras eram caracterizadas por um processo de índole privada (era o *ordo iudiciorum privatorum*) e a terceira, por sua natureza pública.

O processo do *ordo iudiciorum privatorum* se desenvolvia em duas subfases, ou seja, a primeira na presença do magistrado e a segunda, do juiz (árbitro escolhido pelas partes, de acordo com a vontade). Revela-se, nestes moldes, a natureza privada, já mencionada.

Era permitido, inclusive, que o juiz se recusasse a julgar a lide (era o *sibi non liquere*). Não vigia o princípio do *non liquet*, segundo o qual o juiz não pode se escusar de proferir uma decisão.

A *legis actiones* era marcada pelo excesso de formalismo, pela oralidade bem como pela religiosidade exacerbada em suas decisões. O sistema processual era essencialmente místico e de uso exclusivo dos cidadãos romanos.

As ações da lei eram cinco: a *actio sacramenti*, a *iudicis postulatio*, a *condictio*, a *manus injectio* e a *pignoris capio*. De maneira que, se a situação apresentada não se adequasse a qualquer dessas ações, não haveria a possibilidade de provocação da tutela.

A *per formulas* surgiu diante de dois obstáculos advindos do sistema anterior: os litígios envolvendo outras pessoas que não os cidadãos romanos (como ficariam as relações com outros povos?) e as ações da lei não eram suficientes para abarcar os crescentes litígios que surgiam.

O excesso de formalismo cedeu espaço ao procedimento formular, o qual se dava em duas fases: uma com o magistrado, que concedia a fórmula na presença das partes, e outra com o juiz, que haveria de instruir e decidir o conflito no limite da fórmula anteriormente estabelecida.

Nessa fase, existia uma divisão funcional, ou seja, magistrados inferiores e superiores, mas não havia hierarquia, pois inexistia subordinação. Afinal, o juiz, escolhido pelas partes emitiria uma mera opinião acerca da situação que lhe era apresentada; não havia, portanto, uma decisão que se vinculasse às partes, na medida em que a sentença não emanava efeitos jurídicos.

A despeito dessa tentativa de pôr fim às barreiras anteriores, a *per formulas* também não vingou diante da nova organização política traçada por Otaviano Augusto, na qual pregava a concentração de poderes, o que tornava fundamental o controle da atividade judiciária.

Diante desse novo cenário se instalava a *extraordinário cognitio*, calcada na interferência definitiva do Estado na atividade julgadora. O processo passa a ter apenas uma fase, a qual se dava perante o magistrado (um funcionário público que acumulava a função de julgar). Nesse sentido, o processo atinge a índole pública em sua essência. O procedimento era caracterizado pela forma escrita; havia hierarquia judiciária, com uma estrutura judiciária nos moldes da administração pública.

Pode-se afirmar que nem todas as fases do processo romano admitiam o direito de recorrer. Ele inexistia, por exemplo, no *ordo iudiciorum privatorum*, se observado enquanto apelação (reexame da decisão por um outro órgão julgador).

Até porque, nas ações da lei, se o julgador era o rei, era inadmissível que alguém revisse sua decisão, pelo seu poder de império. Somente o próprio rei poderia rever a decisão, se interposto recurso.

O mesmo ocorria na *per formulas*, visto que não cabia recurso da decisão soberana do juiz. A razão é lógica: as partes deveriam aceitar a decisão do juiz, porque ele era escolhido por elas.

Caso fosse constatada alguma arbitrariedade havia meios de impugnação, que não eram recursos. Dentre esses instrumentos destacam-se:

- a *intercessio*→ que consagrava a figura do veto, ou seja, um mecanismo político de controle dos magistrados. Tratava-se de um controle administrativo, mas não processual. Existia a suspensão do ato, porém não a sua substituição;

- a *infinitio*→ enquanto meio de que dispunha o réu condenado para coibir a execução de sentença eivada de vício;

- a *restitutio in integrum*→ objetivava anular a decisão que veiculasse um resultado injusto, mesmo que juridicamente perfeita. Aqui se retirava do mundo jurídico a decisão que fosse contrária ao senso de justiça dos romanos.

É na *extraordinário cognitio* que se observa o momento precursor do direito de recorrer, com o surgimento da *appellatio*, que possibilitava o recurso ao *princeps*, atacando a decisão do magistrado. Isso possibilitava a unificação e a uniformização das decisões. Quanto ao tema, afirma Greco (2003, p. 2):

Apelava-se tanto das sentenças, quanto das decisões interlocutórias. A apelação tinha sempre efeito suspensivo e renovava a causa por inteiro perante o juízo *ad quem*, repetindo-se as fases postulatória, instrutória e decisória e podendo ser formulados novos pedidos e alegadas novas questões de fato e de direito, tanto pelo autor quanto pelo réu, inclusive inquiridas novas testemunhas.

A evolução da estrutura judiciária romana levou ao reexame das decisões por outros magistrados e não mais pelos imperadores.

A apelação deveria ser interposta para atacar sentenças que aplicassem erroneamente o direito. Nesse aspecto, diz Laspro (1995, p. 42):

[...] não havia necessidade de se interpor o recurso de apelação nos casos, por exemplo, de ausência de pressupostos processuais relativos às partes ou ao juiz, irregularidade posterior na relação processual regularmente constituída, sentenças proferidas fora dos limites da controvérsia, sentenças decretadas sem respeitar a forma, sentenças viciadas na formulação.

Mas, na Codificação de Justiniano, tentou-se recuperar o poder imperial que havia sido enfraquecido diante da morosidade da justiça romana, advinda da ampla admissibilidade da apelação. Nesse aspecto, Greco (2003, p. 2) destaca algumas medidas que foram tomadas:

[...] proibiu as apelações contra decisões interlocutórias, reduziu as apelações sucessivas a três instâncias e determinou que, após dois anos de tramitação, se extinguiria a instância recursal que não tivesse chegado ao fim.

Esse estudo da evolução do sistema recursal em Roma é extremamente relevante, haja vista tratar-se da origem do sistema jurídico pátrio.

2.2 DIREITO BRASILEIRO

2.2.1 Império

A Assembléia Nacional Constituinte de 1823 aprovou disposição no sentido de que o Brasil permaneceria submetido às leis portuguesas, mesmo após sua independência.

Em matéria processual preponderaram as previsões das Ordenações Filipinas, que no dizer de Laspro (1995, p. 72) era composta de:

[...] interesses como *ius novarum* (LXXXIII), *reformatio in pejus* (LXXII), a impossibilidade do revel verdadeiro apelar (LXXIX). Também são mantidas a possibilidade julgamento de recursos pelo senhor do território (LXXI), o efeito suspensivo da apelação (LXXIII), a recorribilidade da sentença que por direito é nenhuma (LXXV), a aplicação da decisão de segunda instância a todos os

litisconsortes, ainda que um deles tenha recorrido (LXXX) e o recurso de terceiro (LXXXI).

Mas, o Brasil começa a criar normas próprias no âmbito do direito processual civil, tendo em vista a real e efetiva independência do seu colonizador. Nesse passo, a Constituição Imperial de 1824 ampliou o direito de recorrer, garantindo-o ilimitadamente, seguindo os ditames das Assembléias Francesas pós Revolução Francesa de 1789.

Afinal, após a Revolução Francesa foi travado um grande debate sobre a manutenção ou não do sistema recursal e o resultado foi positivo, conforme lições de Santos (2001, p. 81):

A reação contra a venalidade da justiça tomou corpo nos fins do século XVIII. Na Assembléia Constituinte Francesa debateu-se vivamente o assunto, chegando-se mesmo a sugerir a supressão dos recursos. Predominou, todavia, a idéia de mantê-los, subordinando-os ao sistema do duplo grau de jurisdição, que se estendeu às legislações dos povos contemporâneos.

Assim, vale transcrever a previsão do art 158 da Carta Política da época: “Para julgar as causas em segunda, e última instância haverá nas Províncias do Império as Relações, que forem necessárias para a comodidade dos povos”. Trata-se de garantia expressa e irrestrita ao princípio do duplo grau de jurisdição.

É interessante esclarecer que a legislação ordinária a tratar pela primeira vez de processo civil foi o Código de Processo Criminal de 1832, o qual determinava que o único instrumento apto a impugnar sentença definitiva ou com força de definitiva era a apelação.

Posteriormente, em 1850, é realizada a primeira reforma de direito processual e ocorre a aprovação do Código Comercial Brasileiro, cujo teor era no sentido de que as causas cíveis seriam julgadas conforme as regras das Ordenações e as comerciais, deveriam ser regulamentadas.

Essa regulamentação se dá com a promulgação do Decreto 737 de 1850, o qual previa os seguintes recursos:

- Embargos→ tinham por objetivo emendar ou modificar a sentença, mas eram dirigidos ao mesmo juiz que a proferiu;
- Revista→ cabível diante da nulidade da sentença prolatada na Relação; possuía admissibilidade restrita;
- Apelação→ conforme já afirmado, cabível contra as sentenças definitivas ou com força de definitiva, ou seja, decisões que atingiam o mérito da causa. De regra, ela era recebida no duplo efeito: devolutivo e suspensivo, salvo nas hipóteses do art 652 (não ser ação ordinária nem embargos à execução ou de terceiro) cujo efeito era somente devolutivo.

Entendiam-se os agravos como uma complementação à apelação no que diz respeito ao reexame da decisão. Nesse aspecto, ensina Laspro (1995, p. 75): “a somatória de cabimento desses dois recursos faz com que o duplo grau de jurisdição seja garantido”.

Em 1871, com a finalidade de encerrar as problemáticas advindas da dualidade de processos, a Lei 2033 impõe a compilação das normas processuais vigentes. Isso é realizado pelo Conselheiro Antonio Joaquim Ribas e em sua homenagem recebe a denominação de Consolidação Ribas.

Mantém-se a regulamentação dos quatro recursos ora explicitados e, no mesmo sentido, entende-se que apenas a apelação e os agravos garantem o duplo grau de jurisdição.

Vale ressaltar que a apelação poderia ser interposta de duas maneiras: voluntariamente, pela parte, ou, de ofício, pelo juiz; situação em que independe do querer das partes. Em termos de apelação, a grande inovação trazida pela Consolidação Ribas é a possibilidade de interpô-la para impugnar qualquer sentença.

2.2.2 República

Em 1890, o Decreto 763 impõe a aplicação do Regulamento 737 também às causas cíveis, ou seja, não mais são válidas as regras das Ordenações e da Consolidação Ribas.

No entanto, em 1891, surge outra Constituição e fica estabelecida a publicação de Códigos de Processo Civil por cada Estado da federação. Apesar disso, alguns Estados, como, por exemplo, Goiás, preferiram continuar sendo regidos pelo Regulamento 737, pois não havia sentido transcrever suas regras e mudar o rótulo para Código Estadual de Processo Civil.

De qualquer modo, alguns esclarecimentos se fazem necessários: a revista é substituída pelo recurso extraordinário, com a possibilidade de anular ou reformar a decisão contrária à lei; é inserida a carta testemunhável; é inadmissível a interposição de mais de um recurso contra a mesma decisão.

2.2.3 Código de Processo Civil de 1939

Em 1934, vem uma nova Constituição e, a partir de então, a União passa a ter competência legislativa em matéria processual, o que leva, em 1939, ao surgimento do Código de Processo Civil unificado.

O art 808 do referido diploma legal disciplinava os recursos de apelação, embargos de nulidade ou infringentes do julgado, agravos (de instrumento, de petição e no auto do processo), revista, embargos de declaração e recurso extraordinário. E, novamente, se repete o seguinte entendimento:

A garantia do duplo grau de jurisdição é dada pelo recurso de apelação e agravo, na medida em que os embargos são dirigidos ao próprio juiz; a revista tem a finalidade específica de uniformização de jurisprudência no Tribunal; e o recurso extraordinário objetiva, exclusivamente, a discussão da matéria de direito. (LASPRO, 1995, p. 79).

2.2.4 Código de Processo Civil de 1973

O anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973 contém um paradoxo: a pretensão de simplificação do sistema recursal, na medida em que pôs fim aos agravos de petição e no auto do processo, aos embargos bem como ao recurso de revista; além de consagrar o princípio do duplo grau de jurisdição, mesmo que limitadamente, e permitir

a ampla recorribilidade das decisões interlocutórias. E, por outro lado, a manutenção da tradição positivista e formalista herdada do sistema recursal português e romano.

No meio dessa situação, encontra-se a constitucionalização do processo, ou seja, a teoria geral dos recursos a partir das garantias fundamentais. E o que dizer da efetividade do processo? É nessa perspectiva que se situa a atual crise recursal brasileira, objeto desse estudo.

3 CRÍTICAS INERENTES AO CONCEITO DE RECURSO E A SUA NATUREZA JURÍDICA

Etimologicamente, a palavra recurso vem do verbo em latim *recursare*, ou seja, correr para trás; o sentido, portanto, é que se trata de um novo curso com a repetição de um movimento já realizado.

Os legisladores constitucional e infraconstitucional não trazem a definição de recurso, o que é perfeitamente correto, adequado e desejável, pois tal é tarefa inerente ao cientista e não ao técnico, o qual é impregnado de imperfeições científicas, afinal os membros das Casas Legislativas são oriundos dos mais variados setores da sociedade (é uma linguagem livre; natural).

O melhor conceito de recurso, por trazer suas linhas gerais e seus fins, é fixado por Moreira (1998, p. 207): “O remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento e a integração da decisão que se impugna”.

A grande vantagem dessa conceituação é que dela se extraem, pelo menos, duas consequências importantes:

- por ser remédio voluntário, elimina a hipótese de remédio obrigatório/compulsório apto a revisar sentenças, como é o caso do reexame necessário disposto no art 475 do Código de Processo Civil.

Inclusive, vale salientar que a desconsideração da remessa obrigatória enquanto recurso é o entendimento majoritário (KOZIKOSKI, 2004, p. 40). E Nery Junior (2004, p. 76) dá a seguinte fundamentação:

Essa medida não tem a natureza de recurso. Faltam-lhe a voluntariedade, a tipicidade, a dialeticidade, o interesse em recorrer, a legitimidade, a tempestividade e o preparo, características e pressupostos de admissibilidade dos recursos.

Referido autor (2004, p. 83), e na mesma esteira Greco (2003, p. 17) na indicação de soluções eficazes ao sistema recursal, vai além, ao sugerir, até mesmo, a eliminação do duplo grau obrigatório do ordenamento jurídico:

Hipótese de exceção que é, deve sempre ser interpretada restritivamente essa figura indesejável, resquício de autoritarismo e de protecionismo exagerado, que não encontra mais razão de ser no Brasil do século XXI. O legislador da lei 10352/2001 alterou a redação do CPC 475, modificando as hipóteses de incidência da remessa necessária. Poderia ter avançado e até abolido a controvertida figura.

- por se tratar de um instrumento para provocar o reexame da decisão no mesmo processo, significa que se mantém a relação jurídica processual. Esse é, aliás, o conteúdo de uma das correntes doutrinárias, formada por Câmara (2002, p. 54), Barroso (2003, p. 456) e Nery Junior (2004, p. 221), acerca da natureza jurídica do recurso (desdobramento do direito de ação), mas o tema será tratado em detalhes mais adiante.

A partir do conceito estabelecido é interessante tecer em minúcias os seus elementos:

- Remédio→ é gênero que possui duas espécies: uma que tem por objetivo pôr fim a vício de ato processual e outra, que visa harmonizar a legalidade do ato com a conveniência e a justiça. Essa segunda espécie apresenta duas subespécies: uma que atribui eficácia ao ato eivado de vício, convalidando-o e outra, que retira sua eficácia, cujo remédio principal é o recurso.

Portanto, nota-se que remédio é gênero do qual o recurso é espécie. É nessa acepção do termo que Nery Junior (2004, p. 204) bem define recurso:

Num sentido amplo, recurso é o remédio processual que a lei coloca à disposição das partes, do Ministério Público ou de um terceiro, a fim de que a decisão judicial possa ser submetida a novo julgamento, por órgão de jurisdição hierarquicamente superior, em regra, aquele que a proferiu.

Essa ressalva do conceito, ora estabelecido, no sentido de afirmar que em regra o recurso visa o reexame da decisão pelo órgão superior é importantíssima, haja vista, por exemplo, o recurso denominado cujo julgamento é de competência do Colégio Recursal, ou seja, juízes da mesma instância do juiz singular que proferiu a decisão (situação excepcional, portanto).

Trata-se de recurso e, ademais, ali está assegurado o princípio do duplo grau de jurisdição, pois esse há que ser entendido enquanto a possibilidade de reexame da decisão por outro juiz, independentemente de ser ou não da mesma hierarquia. Tal é a sustentação de Carnelutti (apud LASPRO, 1995, p. 192):

Isso não significa, naturalmente, que a decisão deverá ser proferida por juiz hierarquicamente superior, mas simplesmente por outro juiz, ainda que de mesmo grau.

E, acrescenta Laspro (1999, p. 193):

Assim, a interposição de recurso dirigido ao Colégio Recursal, nos Juizados Especiais (art 41 da Lei 9099 de 26 de setembro de 1995), pode ser considerada como garantia do duplo grau de jurisdição, ainda que seja julgada por juízes de primeira instância.

Um outro ponto interessante diz respeito à possibilidade do Tribunal proferir julgamento de mérito, em apelação, quando houver impugnação de sentença extinta sem julgamento de mérito. Nessa situação, não há que se falar em supressão de instância.

Trata-se da teoria da causa madura, contida no art 515, §3º do Código de Processo Civil e, quanto ao tema, diz Nery Junior (2004, p. 45): “O que ocorre nesse caso, em verdade, é a discussão sobre a competência do órgão judicante para conhecer e julgar esta ou aquela questão ou causa. Nada tem a ver com duplo grau de jurisdição”.

A lei pode dizer que dada causa será analisada pela primeira vez por um Tribunal. É hipótese de competência originária do Tribunal, o que afasta toda a celeuma doutrinária.

- Voluntário→ a interposição do recurso é ato de vontade daquele (as partes, o Ministério Público ou o terceiro prejudicado) que se sente insatisfeito com a decisão proferida.

- Surge dentro do mesmo processo em que foi proferida a decisão impugnada→ esse é o ponto distintivo entre recursos e ações autônomas de impugnação, afinal essa dá ensejo a um novo processo. Nesse passo, é imprescindível destacar a divergência doutrinária acerca da natureza jurídica do recurso.

Alguns autores, dentre eles Betti, Gilles, Provinciali, Mortara, Guasp e Del Pozzo (apud NERY JUNIOR, 2004, p. 213), entendem que o recurso é uma ação autônoma em relação a que lhe deu origem.

Eles sustentam o direito de recorrer enquanto exercício do direito de ação posterior à decisão judicial e, mais, que teria caráter constitutivo negativo, haja vista a desconstituição da decisão que impugna.

O fundamento é que a ação originária é embasada num fato extraprocessual, ou seja, algo que aconteceu fora do processo e, portanto, antecedendo a sua própria instauração. Já o recurso é endoprocessual, pois o que lhe dá vida é a decisão recorrida, a qual se encontra dentro do processo.

Outra corrente doutrinária, aliás, a majoritária no Brasil, na Alemanha e na Itália (NERY JUNIOR, 2004, p. 222), afirma que o recurso é continuação do direito de ação, ou seja, é um desdobramento do procedimento. Seguem essa argumentação, dentre outros, Nery Junior (2004, p. 221), Câmara (2003, p. 54), Barroso (2003, p. 456) e Liebman, Carnelluti, Greco Filho bem como Barbosa Moreira (apud BARROSO, 2003, p. 456).

Esse parece ser o melhor posicionamento. Os recursos devem ser tidos como extensão do direito de ação e do direito de defesa já exercitados dentro do processo.

- Os quatro resultados que o recurso pode atingir:

- a reforma da decisão impugnada→ nessa situação há aquilo que se denomina *error in judicando*, isto é, um erro do julgamento. A sua ocorrência se dá, no dizer de Câmara (2003, p. 54), quando “[...] o juiz profere uma declaração errônea da vontade da lei”. Ressalte-se que esse erro pode versar tanto sobre norma de direito material quanto processual. Nessa situação, o julgador revisor deverá proferir nova decisão em substituição à anterior.

- a invalidação da decisão atacada→ nesse caso há *error in procedendo* e sua causa é, necessariamente, a violação de norma de direito processual. Aqui a decisão contém vício de forma e, portanto, o órgão julgador do recurso deverá anulá-la, excluindo-a do processo e determinando ao juiz que prolatou a decisão originariamente que decida novamente a lide.

- o esclarecimento da decisão→ situação em que há obscuridade ou contradição, a ensejar do juiz prolator que se reexprima; o julgamento continuará o mesmo, só as idéias é que serão aclaradas.

O remédio idôneo para tanto são os embargos de declaração; não há dúvida de que se trata de recurso, mas de qualquer forma, corroborando a assertiva mencionada-se o conceito de recurso construído por Santos (2001, p. 80):

[...] o poder de provocar o reexame de uma decisão, **pela mesma autoridade judiciária**, ou por outra hierarquicamente superior, visando a obter sua reforma ou modificação. (grifo nosso)

Há que se acrescentar um instituto de índole doutrinária: os embargos declaratórios com efeitos infringentes. Nessa hipótese modifica-se efetivamente o conteúdo da decisão diante do ponto omissivo ou contraditório objeto de rejugamento.

Quanto ao tema, Greco (2003, p. 18) sugere, dentre os apontamentos de soluções eficazes para o sistema recursal, a eliminação dos embargos de declaração infringentes do ordenamento jurídico.

Até porque, a finalidade dos embargos de declaração, que é aclarar a decisão impugnada, é totalmente desvirtuada ao se admitir a mudança do conteúdo propriamente dito da decisão. Para essa situação há recurso previsto no sistema jurídico pátrio.

E mais, como fica o contraditório, já que a lei não prevê oportunidade para oferecimento de contra-razões em embargos de declaração? Para adequar a situação, Câmara (2003, p. 119) faz a seguinte ponderação:

Parece-nos, porém, que, no caso dos embargos de integração [...] em razão da possibilidade de se produzir o efeito infringente do julgado, deve-se dar oportunidade ao embargado para se manifestar (devendo ser considerado o prazo de cinco dias para oferecimento das contra-razões, em respeito ao princípio, genericamente observado, segundo o qual o prazo das contra-razões é idêntico ao da interposição do recurso, o que, aliás, é mero reflexo do princípio da isonomia).

Contudo, frise-se, não parece ser a melhor atitude.

- a integração da decisão aventada → se insere, nessa hipótese, a atividade de suprir lacunas. Diferentemente da situação anterior, nesse caso o julgamento não estava encerrado (pronto e acabado), afinal o julgador se omitiu quando deveria ter se pronunciado. O único recurso cabível também são os embargos de declaração.

4 A ADMISSIBILIDADE RECURSAL E UMA ABORDAGEM DA TEORIA DA AÇÃO EM SEDE DE RECURSO

Uma vez adotada a natureza jurídica do recurso de prolongamento do direito de ação há que se seguirem as mesmas regras no que diz respeito às condições da ação e pressupostos processuais, com as devidas adequações. Nesse mesmo sentido afirma Nery Junior (2004, p. 233):

[...] em sendo o recurso o prolongamento do direito de ação dentro do mesmo processo, há igualmente necessidade de serem observados requisitos específicos para a sua admissibilidade. É o que se denomina de 'pressupostos recursais'. O paralelismo que se faz entre as condições da ação e pressupostos processuais, de um lado e os pressupostos dos recursos, de outro, é inevitável e salutar, já que se trata por assim dizer, de repetição do direito de ação em fase posterior do procedimento.

Assim, da mesma maneira que na ação, no recurso há a necessidade de serem preenchidos determinados requisitos, cuja averiguação se denomina juízo de admissibilidade, para que seja analisado o mérito. Quanto à matéria, Câmara (2003, p. 61) faz uma colocação interessante:

Pode-se dizer que existe uma escalada de posições jurídicas, a ser considerada:

- a) direito de interpor o recurso;
- b) direito de ver o mérito do recurso julgado;
- c) direito de ver o recurso provido.

A primeira situação significa que qualquer pessoa tem a possibilidade de interpor recurso; a segunda, um pouco mais criteriosa, é no sentido de que as pessoas que tiverem os requisitos de admissibilidade preenchidos poderão alcançar a análise meritória; a terceira, implica numa restrição ainda maior, pois, dentre aqueles que estão aptos à avaliação da questão de fundo que envolve a lide, apenas alguns terão como resultado a procedência, porque realmente eram titulares do direito alegado.

Percebe-se uma grande semelhança entre o direito recursal e de ação no que Liebman denominava de filtros para que se tivesse a chance de ver o mérito da questão analisado.

Nesse aspecto, parece perfeitamente possível avançar no paralelo entre referidos direitos a ponto de atingir a teoria da ação, ou seja, a investigação das ditas condições (tanto da ação quanto do recurso) no caso concreto.

A esse respeito existem duas correntes doutrinárias. Uma delas, a teoria da apresentação, integrada por liebman, Dinamarco e Laspro (CÂMARA, 2004, p. 129), entende que a presença das condições da ação há que ser efetivamente observada, podendo, inclusive, produzir provas a fim de realizar uma análise mais profunda e robustecer o convencimento do julgador.

Outra corrente, a teoria da asserção, composta por Barbosa Moreira e Watanabe (CÂMARA, 2004, p. 129), sustenta que a observação acerca da presença das condições da ação deve ser feita a partir das afirmações constantes da petição inicial. Reitera Câmara (2004, p. 129): “[...] devendo o julgador considerar a relação jurídica deduzida em juízo ‘in statu assertionis’, isto é, a vista do que se afirmou”.

Nesse passo, duas considerações devem ser feitas. A primeira delas se refere ao fato de que a teoria da apresentação implica numa análise de mérito quando se avaliam as condições da ação, ou seja, essas condições se confundiram com o próprio mérito; o que não ocorre com a teoria da asserção, cuja análise das condições da ação é feita em abstrato.

A segunda consideração é que a teoria da apresentação demonstra uma preocupação com a busca da verdade real, a qual tem sido um dos grandes corolários do processo moderno e que deveria se estender ao sistema recursal, o que seria alcançado, por exemplo, com a inserção da oralidade em sede de recurso. Nesse sentido, ensina Greco (2003, p. 11):

De nada adianta exaltar as virtudes da oralidade, como o meio mais perfeito de comunicação entre o juiz, as partes e os sujeitos probatórios e pela instauração entre todos de um diálogo humano que realiza com a plenitude um contraditório participativo, se no julgamento dos recursos ela está totalmente inibida.

E acrescenta um ponto de extrema relevância (GRECO, 2003, p. 12):

[...] as instâncias recursais julgam as causas sem nenhum contacto humano com as partes e com as provas, que não têm qualquer possibilidade de influir eficazmente na decisão, como é da essência da garantia constitucional do contraditório, o que ao

contrário de aumentar a qualidade da cognição e a probabilidade de acerto e de justiça da decisão, as reduzem sensivelmente.

De outro vértice, a teoria da asserção está atrelada à verdade formal, o que não mais satisfaz os escopos do processo de hoje.

Segundo Rodrigues (2000, p. 74) o processo deve ter em mira, invariavelmente, a verdade real, sob pena de não fazer justiça. Portanto, o juiz deve ter a liberdade na instrução do processo, colhendo as provas que entender indispensáveis, mesmo que a parte não requeira. Basta, para tanto, que fundamente suas decisões.

As conclusões de Greco quanto às teorias da ação no processo civil (2003, p. 24) merecem transcrição, afinal são compatíveis com a argumentação até aqui desenvolvida:

[...] a simples asserção não pode ser considerada suficiente para conferir ao autor o direito de ação, sob pena de autolegitimação. A afirmação da situação fático-jurídica apta hipoteticamente ao acolhimento do pedido formulado deve estar acompanhada de um mínimo de verossimilhança e de provas capazes de evidenciar a possibilidade concreta desse acolhimento e de que a iniciativa do autor não submete o réu a um ônus de plano manifestamente abusivo de defender-se de uma demanda inviável.

Mutatis mutandi, isso também deve ser observado em sede recursal a fim de se coibir, por exemplo, os recursos meramente protelatórios, prática tão freqüente nos Tribunais brasileiros.

Dessa forma, às afirmações feitas pelo recorrente nas razões deve ter o julgador o poder-dever de averiguá-las, mesmo que em sede de reexame, pelas provas constantes dos autos, mas também de outras que entender necessárias e, para tanto, há que produzi-las. Em suma, a verdade real deve ser um norte a orientar o julgador em todas as instâncias.

Retornando à idéia de recurso enquanto distensão da relação processual é preciso mencionar que as condições recursais são legitimidade para recorrer (inerente às partes, ao Ministério Público e ao terceiro prejudicado, na forma do art 499 do Código de Processo Civil); interesse em recorrer (incluindo a necessidade, a utilidade e a adequação do recurso) e a possibilidade jurídica do recurso (o provimento deve admitir recurso).

No que toca à possibilidade jurídica do recurso, por se entender compatível a teoria da ação em sede de recurso, afirma-se pela sua desnecessidade, pois a hipótese se adequaria ao interesse em recorrer na modalidade utilidade. Nesses termos, a afirmação de Câmara (2004, p. 127), *mutatis mutandi*, é pertinente:

[...] não parece ser esta uma 'condição da ação autônoma', uma vez que aquele que vai a juízo em busca de algo juridicamente impossível não pode esperar nenhuma utilidade do provimento pleiteado, razão pela qual faltaria interesse de agir.

Um outro assunto, mas ainda se abordando requisitos, são os pressupostos recursais. Há quem afirme, como Greco (2003, p. 15), que a análise dos pressupostos processuais deve ser anterior a das condições da ação e do mérito; essa deve ser a sequência lógica para o julgador. O mesmo deve se dar em sede recursal, ou seja, primeiro observam-se os pressupostos recursais, depois as condições recursais e por último o mérito do recurso.

Com os pressupostos recursais objetiva-se verificar a validade bem como a regularidade da relação processual. A sua ausência pode gerar duas consequências: a nulidade (vício sanável ou insanável) ou a irregularidade do processo. Assim, é preciso elencar ditos pressupostos:

- Recurso dirigido ao órgão *ad quem* investido de jurisdição→ a investidura consiste no seguimento às regras de distribuição do exercício da função estatal; idéia atrelada à competência.

- Capacidade processual das partes para o recurso→ esse pressuposto é extremamente relevante quanto ao seguinte aspecto: ele estaria ausente no caso da parte desacompanhada de advogado, no Juizado Especial Cível, interpor recurso no Colégio Recursal impugnando a decisão do juiz singular? E na hipótese em que essa mesma parte não está acompanhada de advogado no ajuizamento da ação em razão do valor da causa ser inferior a vinte salários mínimos, deveria ser patrocinada por advogado em sede recursal?

Câmara (2003, p. 72) tem um posicionamento bem restritivo. Entende que o art 9º da lei 9099/95, o qual autoriza a parte a demandar sem advogado nas causas de até vinte salários mínimos, é inconstitucional. Para o autor, a parte deverá estar acompanhada de advogado em toda e qualquer situação no Juizado Especial Cível, ou seja, a figura do advogado é indispensável sempre. Esse, no entanto, não parece ser o melhor entendimento, senão veja:

Na busca pelo pleno acesso à justiça, a doutrina, influenciada especialmente por Mauro Cappelletti, localizou, basicamente, três grandes fases de elaboração científica. Essas fases ficaram conhecidas como as "três ondas do acesso à justiça".

Vencidos os óbices econômicos e os referentes à tutela dos direitos transindividuais (primeira e segunda ondas, respectivamente), a grande questão que se coloca, atualmente, refere-se à satisfação do consumidor da atividade jurisdicional. Nesse terceiro momento, pelo qual estamos trespassando, cumpre avaliar qual o grau de satisfação do consumidor da atividade jurisdicional.

É essa fase que demonstra a tendência de simplificação das formas processuais por meio de mecanismos alternativos de solução de conflitos como os Juizados Especiais.

Os Juizados, resultado da Constituição cidadã de 1988 na qual o acesso à justiça passou de garantia formal a direito efetivo, tiveram sua criação inspirada na necessidade de se propiciar o referido acesso às camadas da sociedade que não acionavam o Judiciário por dois motivos principais: hipossuficiência econômica e burocracia resultante da legislação processual clássica. Tudo isso, fruto do ideal do Estado Democrático de Direito intrinsecamente relacionado ao ativismo Judiciário.

A despeito da informalidade processual, característica dos Juizados, cujo objetivo é evitar o prolongamento indefinido das lides, há a necessidade de se garantir a legalidade das decisões. Nesse aspecto, surge o recuso como remédio idôneo a adequar a solução da lide ao direito.

Há quem defenda que a presença do advogado para interposição do recurso no Juizado é indispensável, pois só ele tem a habilitação para realizar a defesa técnica (BACELLAR, 2003, p. 149; MOREIRA, 1996, p. 76; SILVA, 2000, p. 30). Por outro lado, há quem prestigie o *jus postulandi* na fase recursal do Juizado, afinal o advogado:

[...] cobrará parte dos honorários pelo patrocínio da causa e acabará esta (a parte) pagando pelo erro de julgamento (*error in iudicando*) do juiz, que, ao julgar improcedente seu pedido obrigou-a a recorrer para a turma recursal (ALVIM, 2003, p. 118).

Seguindo esse último entendimento, FUX (1998) considera incorreta a exigência da assinatura do advogado no recurso, afinal a petição deve ser aceita validamente na medida em que a parte consiga explicar o seu inconformismo e sua pretensão recursal. Nesse sentido, estabelece uma condição, qual seja: a desnecessidade da presença do advogado no juízo singular em razão do valor da causa.

A presença do advogado em sede de recurso no Juizado Especial Cível, portanto, é absolutamente desnecessária, em especial quando o valor da causa for de até vinte salários mínimos. Há que se ter em mente a flexibilidade da demanda, em contrário ao que dispõe o art 264 do Código de Processo Civil, ou seja, o juiz tendo a liberdade de adequar o pedido do autor com o que ele realmente pretende e não conseguiu se expressar.

Deve-se afastar o formalismo exacerbado e viabilizar o afloramento do sentimento de justiça do juiz, já que a lei 9099/95 consagra a equidade e não o legalismo estrito. Basta que o juiz assegure o contraditório ao réu e verifique com o autor se a postulação está adequada.

- Regularidade formal do recurso→ quatro desdobramentos se estabelecem:

- exigência de forma escrita para interposição de recurso→ a única exceção está contida no §3º do art 523 do Código de Processo Civil, que autoriza a interposição oral do agravo retido para impugnação de decisões interlocutórias proferidas em audiência. Em todo caso, o escrivão deverá reduzir a termo o pleito.

- exigência de fundamentação→ o objetivo aqui é pura e simplesmente assegurar o controle das decisões judiciais, tendo em vista evitar o cometimento de arbitrariedades.

- tempestividade do recurso→ a regra é a de que o prazo para interposição de recurso é de quinze dias, salvo nas hipóteses de agravo (de instrumento o prazo é de dez dias e retido nos autos é de cinco dias) e embargos de declaração (prazo de cinco dias).

Nesse aspecto, é interessante tratar do prazo privilegiado de que goza a Fazenda Pública e o Ministério Público para recorrer, que segundo o art 188 do Código de Processo Civil é em dobro.

Nery Junior (2004, p. 350) defende essa elasticidade de prazo para a Fazenda Pública e o Ministério Público recorrerem, justificando pelo interesse público, ou seja, o interesse da coletividade resguardado pelo Estado. Diz o doutrinador:

A fixação dos prazos maiores para os representantes judiciais da Fazenda Pública e para os órgãos do Ministério Público é tradicional em nosso direito e nada tem de odioso. Não constitui, a rigor, privilégio aberto em favor de determinadas pessoas.

Todavia, há autores, como Greco (2003, p. 17), que condenam essa prática, “[...] por entender como desrespeito à igualdade das partes no acesso à instância recursal [...]”. Em razão disso, o autor propõe a eliminação do prazo em dobro para a Fazenda Pública recorrer e, nesse âmbito, argumenta:

[...] os tribunais ficam cada vez mais congestionados, o mais forte protela o desrespeito ao direito do mais fraco e o Estado fracassa na tutela jurisdicional efetiva dos direitos dos cidadãos. As pessoas jurídicas de direito público são justamente aquelas que mais abusam do direito de recorrer. (GRECO, 2003, p. 8)

Atacando essa sustentação vale mencionar um pensamento desenvolvido por Nery Junior (2004, p. 355) no sentido de que se deve atender ao princípio da igualdade

real das partes no processo, afinal o litígio travado contra a Fazenda Pública ou o Ministério Público não é contra o particular, porém contra o próprio povo, o que justificaria a elasticidade desse prazo.

Quanto à matéria foi realizado um Congresso Nacional de Direito Processual Civil, em Porto Alegre, em 1983, coordenado por Ovídio Baptista da Silva. A discussão se ateve ao respectivo art 188 do Código de Processo Civil e algumas propostas foram apresentadas pelos seguintes juristas:

- Athos Gusmão Carneiro→ entendeu que o prazo em dobro para a Fazenda Pública ou o Ministério Público recorrer é totalmente desnecessário, pois no processo já estão contidos todos os elementos necessários para a proteção de seus interesses. Sustentou ser justificável o prazo em dobro (de trinta dias apenas) tão somente para apresentar resposta, em razão das dificuldades de ordem burocrática.

- Edson Prata→ argumentou pela inconstitucionalidade do art 188 do Código de Processo Civil por transgredir o princípio da igualdade, na medida em que conferia à Fazenda Pública ou ao Ministério Público privilégios em detrimento do particular.

- Nelson Nery Junior→ sugeriu a extensão do benefício do prazo para oferecer recurso na hipótese, também, do Ministério Público atuando enquanto fiscal da lei, a fim de evitar qualquer discussão doutrinária.

Parece que a posição adotada por Athos Gusmão Carneiro é a melhor e, mais, esse prazo em dobro para interpor recurso também não deve ter sobrevivência para a situação em que a Fazenda Pública oferece contra-razões. Assim, o prazo deve ser simples quer para a apresentação de razões ou de contra-razões em sede recursal.

O mesmo há que ser aplicado para o Defensor Público, o qual tem prazo em dobro para a prática de qualquer ato processual. A despeito de todo o exposto, o Supremo Tribunal Federal adotou a postura pela constitucionalidade do art 188 do Código de Processo Civil em prestígio ao princípio da razoabilidade (NERY, 2004, p. 364).

- preparo→ consiste no pagamento das custas processuais, sob pena de deserção, isto é, o recurso não será conhecido. Esse requisito de admissibilidade é condenado, com razão, por Greco (2003, p. 10), que sustenta:

[...] é um resíduo do Estado patrimonialista. A finalidade do processo não é arrecadar receita para o Estado, mas prestar a jurisdição. O Estado tem o direito de cobrar por esse serviço, mas não o de subordinar a prestação do serviço essencial da tutela dos direitos do cidadão à prévia satisfação do seu interesse arrecadatório ou de negar a jurisdição por falta de preparo.

Nota-se que o formalismo excessivo ocasiona o que o autor denomina de “obstáculos ilegítimos”, os quais devem ser afastados em benefício de um sistema recursal de boa qualidade; que realmente promova a prestação da tutela jurisdicional, desvinculado de filigranas absurdas. Deve-se ter em vista sempre o jurisdicionado e não as conveniências dos Tribunais.

É imperioso destacar uma situação na qual é inexigível o preenchimento das condições e dos pressupostos recursais: quando o próprio mérito do recurso é qualquer deles.

5 CONCLUSÃO

Na prática forense e mesmo no cotidiano popular é freqüente se conferir aos recursos a culpa pela demora na entrega da prestação jurisdicional. Coloca-se esse meio de impugnação de decisões judiciais como o grande vilão pelos processos perdurarem indefinidamente no tempo.

A primeira e a mais cogitada das soluções para pôr fim à excessiva duração dos processos é a restrição do acesso recursal, seja pela redução do número de recursos, seja pela criação de mecanismos/entraves aptos a encerrar o seu processamento.

No entanto, esse não parece ser o ponto central do problema (a crise recursal), afinal nem sempre a rapidez de julgamento trará a efetiva satisfação do direito, a realização da justiça, enfim, a qualidade da decisão. Ao contrário, torna mais suscetível o cometimento de erros pela tomada de decisões impensadas.

Em suma, o processo deve ter vida por um período razoável e o critério dessa avaliação é justamente a complexidade da causa aliada ao embasamento probatório suficiente.

Dessa forma, há que se conferir maior relevância ao aspecto qualitativo em sede recursal e não ao meramente quantitativo. Greco (apud KOZIKOSKI, 2004, P. XVI) traz importante reflexão/ponderação nesse sentido:

[...] o processo, como instrumento da administração da justiça, há de alcançar quatro objetivos, difíceis de conciliar: celeridade, baixo custo, boa qualidade nos resultados (decisões justas e bem executadas) e boa qualidade dos meios (respeito às garantias fundamentais do processo): um meio justo para um fim justo.

Portanto, além da própria autolimitação estatal promovedora da segurança jurídica, há que se impor o respeito à dignidade da pessoa humana e às garantias fundamentais do processo.

REFERÊNCIAS:

ALVIM, J. E. Carreira. **Juizados especiais cíveis**: Lei 9099, de 26.09.1995. Curitiba: Juruá, 2003.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados especiais**: a nova medida paraprocessual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARROSO, Darlan. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Manole, 2003. V. 1.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. V. 1.

_____. **Lições de direito processual civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. V. 2.

FUX, Luiz. **Manual dos juizados especiais cíveis**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Destaque, 1998.

GONÇALVES, Willian Couto. **Garantismo, finalismo e segurança jurídica no processo judicial de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

GRECO, Leonardo. **A falência do sistema de recursos**. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética. ISSN 1678-3778, nº 1, abril de 2003. p 93-108.

_____ **A teoria da ação no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2003.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Manual dos recursos cíveis**: Teoria geral e recursos em espécie. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. V. 5.

MOREIRA, Wander Paulo Marotta. **Juizados especiais cíveis**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. V. 1.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2001. V. 3.

SILVA, Luiz Cláudio. **Os juizados especiais cíveis na doutrina e na prática forense**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.